I presenti due volumi raccolgono gli Atti del Congresso '*Europa – America Latina. Due continenti, un solo diritto. Unità e specificità del sistema giuridico latinoamericano*', celebratosi presso l'Università degli Studi di Brescia nei giorni 19-22 marzo 2019, al quale hanno preso parte 62 professori di diverse aree scientifico-disciplinari, appartenenti a 18 università europee e a 9 latinoamericane. Il diritto romano, il diritto civile, il diritto costituzionale, la filosofia del diritto, il diritto del lavoro e tributario, il diritto processuale civile e penale hanno costituito il campo di azione entro cui si sono confrontati i giuristi delle due aree geografiche, offrendo il loro contributo per l'armonizzazione e l'unificazione del diritto.
L'universalità del diritto, l'eguaglianza sostanziale, il '*bonum et aequum*', la centralità della persona umana sono le armi adoperate per affermare la 'resistenza' di fronte a fenomeni di disgregazione sociale e per rispondere alle istanze di giustizia che promanano da tutti i popoli del mondo. Il diritto romano, a partire dalla 'fondazione' del sistema con Giustiniano, saldamente cementa e unifica i due continenti, costituenti una sola area spirituale e giuridica (Giorgio La Pira). La 'Roma Americana', vestita di 'carne negra e india' (José Martí), si presenta così come erede del sistema giuridico romanistico ed offre, nel contempo, il suo contributo a un vicendevole scambio di idee, concetti, istituti, che accrescono e migliorano il sistema medesimo (Sandro Schipani). Del costante dialogo tra giuristi europei e latinoamericani, da sempre al centro dell'attività del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Brescia, sono testimonianza i '*Princìpi GADAL*', elaborati dal '*Grupo de Armonización del derecho en América Latina*', che pubblichiamo in Appendice al I Tomo. I *Princìpi*, ideati dai giuristi latinoamericani ma fondati sui valori del diritto romano riadeguati dalla scienza giuridica moderna, sbarcano in Europa e da qui tornano migliorati nel Nuovo Mondo, in un reciproco scambio di conoscenze e nel sempre vicendevole arricchimento.

ANTONIO SACCOCCIO è Professore ordinario di Diritto romano nell'Università di Brescia, dove dal 2017 è Direttore del Dipartimento di Giurisprudenza. È Direttore della Rivista *Roma e America* e autore di diverse monografie e saggi, oltre che relatore in numerosi convegni e seminari in Europa, Cina e America Latina. È membro di diverse associazioni accademiche internazionali.

SIMONA CACACE è Ricercatore confermato di Diritto privato comparato e Professore aggregato di Biodiritto presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Brescia. Ha conseguito *cum laude* il titolo di Dottore di ricerca presso la Scuola Sant'Anna di Pisa. Ha pubblicato la monografia *Autodeterminazione in Salute* e più di settanta tra articoli e saggi. È componente del Comitato editoriale di *Roma e America*.
Con ANTONIO SACCOCCIO ha già curato il volume *Sistema giuridico latinoamericano. Summer School (Brescia, 9-13 luglio 2018)*, edito nel 2019 da Giappichelli.

Due Tomi Indivisibili

20/I

A. Saccoccio - S. Cacace (*a cura di*) – EUROPA E AMERICA LATINA. DUE CONTINENTI, UN SOLO DIRITTO

COLLANA DEL DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA
UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI BRESCIA

Antonio Saccoccio - Simona Cacace
(*a cura di*)

EUROPA E AMERICA LATINA
DUE CONTINENTI,
UN SOLO DIRITTO

Unità e specificità del sistema giuridico latinoamericano

Tomo I

EUROPA Y AMÉRICA LATINA
DOS CONTINENTES, UN SOLO DERECHO

G. Giappichelli Editore

tirant lo blanch

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI BRESCIA

GADAL
Grupo para la Armonización del Derecho en América Latina

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI BRESCIA

Dipartimento di Giurisprudenza

Europa - America Latina
Due continenti, un solo diritto

Unità e specificità del sistema giuridico latinoamericano

Congresso Internazionale, 19-22 marzo 2019

Martedì 19 marzo

Palazzo della Loggia
Salone Vanvitelliano

Ore 8:30 – Registrazione
Ore 9:00 – Saluti istituzionali:
Emilio Del Bono, *Sindaco di Brescia*
Maurizio Tira, *Rettore dell'Università di Brescia*
Roberto Ranzi, *Delegato dal Rettore alle politiche di internalizzazione*
Mario Mistretta, *Presidente della Cassa Nazionale del Notariato*
Antonio Saccoccio, *Direttore del Dipartimento di Giurisprudenza, Università di Brescia*

Ore 9:30 – Apertura dei lavori
Diritto e Sistema in America Latina
Presiede e introduce: Carla Masi Doria
Relazioni di:
Sandro Schipani – Aldo Petrucci – Giovanni Turelli

Ore 11:15 – Costituzioni e costituzionalismo
Presiede: Maurizio Pedrazza Gorlero
Relazioni di:
Giovanni Lobrano – Antonio D'Andrea
Luca Mezzetti – Adriana Apostoli

Dipartimento di Giurisprudenza
Aula Magna

Ore 15:00 – Giuristi e Teoria del diritto
Presiede: Cosimo Cascione
Relazioni di:
Carlo Nitsch – Ignazio Castellucci
Pedro Grandez Castro – Susanna Pozzolo

Ore 17:00 – Persone e famiglia
Presiede: Aldo Andrea Cassi
Relazioni di:
Michele Sesta – David Fabio Esborraz
Neylia Abboud Castillo – Mauro Paladini

Mercoledì 20 marzo

Aula Magna

Ore 8:30 – Registrazione
Ore 9:00 – Armonizzazione del diritto delle obbligazioni e dei contratti: Europa e America Latina
Presiede: Giovanni Luchetti
Introduce: Riccardo Cardilli
Relazioni di:
Martha L. Neme Villarreal – Cristina Amato

Un Codice delle obbligazioni per l'America Latina (GADAL)

Ore 10:45 – Il rapporto obbligatorio: principi e struttura
Presiede: Carlo Granelli
Relazioni di:
Javier Rodríguez Olmos – Alberto Venturelli
Catalina Salgado Ramírez – Francesco Gambino

Ore 14:30 – Il rapporto obbligatorio: soggetti e vicende modificative
Presiede: Massimo Zaccheo
Relazioni di:
Carlos Soriano Cienfuegos – Valerio Pescatore
Gian Franco Rosso Elorriaga – Roberto Carleo
Lilian San Martín Neira – Andrea Genovese

Ore 17:00 – Il rapporto obbligatorio: attuazione e inattuazione
Presiede: Giuseppe Vettori
Relazioni di:
Sheraldine Pinto Oliveros – Massimo Proto

Ore 18:00 – Intervento Conclusivo
Fabio Addis

Giovedì 21 marzo

Aula Magna

Ore 8:30 – Registrazione
Ore 9:00 – La responsabilità per fatto illecito
Presiede: Luigi Balestra
Relazioni di:
Fábio Siebeneicher de Andrade – Carlo Pilia
Stathis Banakas – Rómulo Morales Hervías

Ore 11:00 – Lavoro ed Economia digitale
Presiede: Marzia Barbera
Relazioni di:
Cristian Billardi – Giuseppe Corasaniti
Elmer G. Arce Ortiz – Francesca Malzani

Ore 15:00 – Impresa e Società: itinerari e paradigmi dell'innovazione
Presiede: Daniele Maffeis
Relazioni di:
Eduardo T. Jequier Lehuedé – Maurizio Onza
Carlos De Cores – Elisabetta Fusar Poli

Ore 17:00 – Le procedure
Presiede: Michele Taruffo
Relazioni di:
Giovanni Priori Posada – Luca Passanante
Silvia Pereira Puigvert – Hervé Belluta

Venerdì 22 marzo – Sala dei Grifoni
Ore 9:30/18:30 – Sessione riservata
Riunione del GADAL

Partecipano: Neylia Abboud Castillo, Fábio Siebeneicher de Andrade; Marianna De Vita; David Fabio Esborraz; Margarita Morales; Rómulo Morales Hervías; Martha Lucía Neme Villarreal; Giovanni Priori Posada; Javier Rodríguez Olmos; Gian Franco Rosso Elorriaga; Catalina Salgado Ramírez; Lilian San Martín Neira; Carlos Soriano Cienfuegos.

Evento accreditato dall'Ordine degli avvocati di Brescia con il riconoscimento di n. 4 crediti a giornata.
L'evento è in corso di accreditamento presso il Consiglio Notarile.
Per gli studenti è previsto 1 CFU extracurriculare per ciascuna giornata.

Segreteria scientifica:
Fabio Addis; Cristina Amato; Adriana Apostoli; Marzia Barbera; Antonello Calore; Aldo Andrea Cassi; Antonio D'Andrea; Valerio Pescatore; Antonio Saccoccio.
Segreteria organizzativa: convegnodigi@unibs.it
Simona Cacace; Giulia Ducoli; Sabrina Lo Iacono; Francesco Maria Maffezzoni; Marco Podetta.
In collaborazione con la Scuola di Specializzazione per le Professioni Legali

SCHOOL OF MANAGEMENT AND ADVANCED EDUCATION UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI BRESCIA smae

CONSIGLIO NOTARILE DI BRESCIA

COMUNE DI BRESCIA

CAMERA CIVILE BRESCIA

iila Organizzazione internazionale italo-latino americana

COLLANA DEL DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA
UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI BRESCIA

Terza Serie – 20/I

Antonio Saccoccio - Simona Cacace
(*a cura di*)

EUROPA E AMERICA LATINA DUE CONTINENTI, UN SOLO DIRITTO

Unità e specificità del sistema giuridico latinoamericano

Tomo I

EUROPA Y AMÉRICA LATINA DOS CONTINENTES, UN SOLO DERECHO

G. Giappichelli Editore

© Copyright 2020
G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO
ISBN/EAN 978-88-921-3298-6
(*Due volumi indivisibili*)
http://www.giappichelli.it

© Copyright 2020
EDITORIAL TIRANT LO BLANCH - VALENCIA
ISBN 978-84-1355-260-6
http://www.tirant.com

La pubblicazione di questo volume è stata subordinata alla valutazione positiva espressa da due docenti esterni anonimi, sorteggiati dalla Direzione scientifica all'interno del Comitato editoriale permanente, secondo il modello della 'revisione fra pari in doppio cieco'. I relativi giudizi sono conservati a cura della Direzione scientifica.

La publicación de este volumen estuvo sujeta a la evaluación positiva expresada por dos profesores externos anónimos, seleccionados por la Dirección Científica mediante sorteo entre los miembros del Comité editorial permanente, de acuerdo con el modelo de 'revisión por pares doble ciego'. Los juicios relativos son conservados por la Dirección Científica.

Il presente volume è pubblicato con il contributo del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Brescia.

Stampa: Stampatre s.r.l. - Torino

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941, n. 633.

Le fotocopie effettuate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale o comunque per uso diverso da quello personale possono essere effettuate a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da CLEARedi, Centro Licenze e Autorizzazioni per le Riproduzioni Editoriali, Corso di Porta Romana 108, 20122 Milano, e-mail autorizzazioni@clearedi.org e sito web www.clearedi.org.

Direzione scientifica:
Antonio Saccoccio, Aldo Andrea Cassi, Chiara Minelli, Valerio Pescatore

Comitato editoriale:
Gaetano Azzariti (Università degli Studi di Roma "La Sapienza"); Vittoria Barsotti (Università degli Studi di Firenze); Roberto Bartoli (Università degli Studi di Firenze); Francesco Bestagno (Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano); Paolo Biavati (Università degli Studi di Bologna – "Alma Mater Studiorum"); Raffaele Bifulco (Università di Roma LUISS – "Guido Carli"); Geraldina Boni (Università degli Studi di Bologna – "Alma Mater Studiorum"); Franca Borgogelli (Università degli Studi di Siena); Marina Calamo Specchia (Università degli Studi di Bari – "Aldo Moro"); Roberto Calvo (Università degli Studi della Valle d'Aosta); Cristina Campiglio (Università degli Studi di Pavia); Roberto Caranta (Università degli Studi di Torino); Antonio Carratta (Università degli Studi di Roma Tre); Riccardo Cardilli (Università degli Studi di Roma – "Tor Vergata"); Paolo Carnevale (Università degli Studi Roma Tre); Bruno Caruso (Università degli Studi di Catania); Pierluigi Chiassoni (Università degli Studi di Pisa); Giovanni Comandè (Scuola Superiore di Studi Universitari e Perfezionamento "S. Anna" – Pisa); Daria Coppa (Università degli Studi di Palermo); Orazio Condorelli (Università degli Studi di Catania); Gabriella De Giorgi Cezzi (Università degli Studi del Salento – Lecce); Gian Paolo Demuro (Università degli Studi di Sassari); Francesco De Santis (Università degli Studi di Salerno); Maria D'Arienzo (Università degli Studi di Napoli – "Federico II"); Ettore Dezza (Università degli Studi di Pavia); Angelo Dondi (Università degli Studi di Genova); Vera Fanti (Università degli Studi di Foggia); Pierangela Floris (Università degli Studi di Cagliari); Gian Luigi Gatta (Università degli Studi di Milano Statale); Enrico Genta (Università degli Studi di Torino); Andrea Giussani (Università degli Studi di Urbino – "Carlo Bo"); Maurilio Gobbo (Università degli Studi di Padova); Donata Gottardi (Università degli Studi di Verona); Antonino Gullo (Università di Roma LUISS – "Guido Carli"); Michele Graziadei (Università degli Studi di Torino); Fausta Guarriello (Università degli Studi di Chieti-Pescara – "G. d'Annunzio"); Andrea Lovato (Università degli Studi di Bari – "Aldo Moro"); Giovanni Luchetti (Università degli Studi di Bologna – "Alma Mater Studiorum"); Susanna Mancini (Università degli Studi di Bologna – "Alma Mater Studiorum"); Michela Manetti (Università degli Studi di Siena); Venerando Marano (Università degli Studi di Roma – Tor Vergata); Silvio Martuccelli (Università di Roma LUISS – "Guido Carli"); Luigi Melica (Università degli Studi del Salento); Remo Morzenti Pellegrini (Università degli Studi di Bergamo); Mario Notari (Università Bocconi di Milano); Paolo Pascucci (Università degli Studi di Urbino); Baldassarre Pastore (Università degli Studi di Ferrara); Claudia Pecorella (Università degli Studi Milano – "Bicocca"); Aldo Petrucci (Università degli Studi di Pisa); Valeria Piergigli (Università degli Studi di Siena); Maria Cristina Pierro (Università degli Studi dell'Insubria); Giorgio Pino (Università degli Studi di Roma Tre); Giuseppe Piperata (Università IUAV di Venezia); Barbara Pozzo (Università degli Studi dell'Insubria); Roberto Pucella (Università degli Studi di Bergamo); Franco Randazzo (Università degli Studi Catania); Francesco Riccobono (Università degli Studi di Napoli); Dino Rinoldi (Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano); Roberto Romboli (Università degli Studi di Pisa); Luigi Salamone (Università degli Studi di Cassino e del Lazio Meridionale); Aldo Schiavello (Università degli Studi di Palermo); Roberto Senigaglia (Università degli Studi di Venezia – "Ca' Foscari"); Stefano Solimano (Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano); Marco Saverio Spolidoro (Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano); Emanuele Stolfi (Università degli Studi di Siena); Carmelo Elio Tavilla (Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia); Antonio Felice Uricchio (Università degli Studi di Bari); Chiara Valsecchi (Università degli Studi Padova); Marco Versiglioni (Università degli Studi di Perugia); Fabrizio Vismara (Università degli Studi dell'Insubria); Massimo Zaccheo (Università degli Studi di Roma – "La Sapienza"); Virginia Zambrano (Università degli Studi di Salerno).

Indice

pag.

TOMO I

PREFAZIONE

1. ANTONIO SACCOCCIO, *Europa y América Latina: dos continentes, un solo derecho* 1

PARTE I
COSTITUZIONE E SISTEMA

2. SANDRO SCHIPANI, *Sistema del diritto romano. Sistema latinoamericano. Interpretazione sistematica in senso pieno. Giuristi, cittadini, uomini* 21
3. GIOVANNI LOBRANO, *Dai 'mezzi per difendere la libertà' ai modi di costituirla. Per 'sbloccare' la dottrina giuridica* 67
4. ANTONIO D'ANDREA, *Le forme giuridiche del potere politico nelle democrazie occidentali e il ritorno della prospettiva sovranista* 90
5. ADRIANA APOSTOLI, *Il primato della persona nel costituzionalismo europeo* 98
6. SUSANNA POZZOLO, *Interpretazione per princìpi, tutela dei diritti e ponderazione standard* 108
7. GIOVANNI TURELLI, *Modello sistematico e sensibilità storica in Dalmacio Vélez Sarsfield* 119

PARTE II
PRINCÌPI *GADAL*

8. RICCARDO CARDILLI, *Il* Código Marco *delle obbligazioni del* GADAL*: terminologia e sistematica* 135
9. MARTHA LUCÍA NEME VILLARREAL, *La armonización del derecho a través de las enseñanzas humanistas del derecho romano: la experiencia europea y latinoamericana (GADAL)* 152

pag.

10. JAVIER RODRÍGUEZ OLMOS, Principios Generales en materia de obligaciones *nel Codice Tipo delle obbligazioni per l'America Latina* 187
11. ALBERTO VENTURELLI, *L'apparato rimediale per la violazione della regola di buona fede* 196
12. CATALINA SALGADO RAMÍREZ, *El objeto de la obligación (prestación) en el Código Marco de las obligaciones para América Latina* 224
13. FRANCESCO GAMBINO, *Il Codice Tipo delle obbligazioni per l'America Latina. Quali princìpi nelle fonti delle obbligazioni?* 236
14. CARLOS SORIANO CIENFUEGOS, *Solidaridad y fianza en el derecho mexicano* 245
15. VALERIO PESCATORE, *Le obbligazioni solidali nell'*Anteproyecto *del* Código Marco de obligaciones para América Latina 280
16. GIAN FRANCO ROSSO ELORRIAGA, *La cesión de deudas en el Código Marco de obligaciones para América Latina* 295
17. ROBERTO CARLEO, *La disciplina dell'assunzione del debito altrui tra unità e pluralità* 311
18. LILIAN SAN MARTÍN NEIRA, *Aspectos que necesariamente deben considerarse cuando se reglamenta la cesión de crédito* 320
19. ANDREA GENOVESE, *La cessione del credito. Esperienze a confronto* 335
20. SHERALDINE PINTO OLIVEROS, *L'inadempimento delle obbligazioni nel Codice Tipo delle obbligazioni per l'America Latina* 344
21. MASSIMO PROTO, *Interesse del creditore e inattuazione del rapporto: soluzioni a confronto* 356
22. CARLO PILIA, *Tipicità e atipicità dell'illecito civile, con particolare riferimento ai princìpi* GADAL 364
23. FABIO ADDIS, *Intervento conclusivo* 418

APPENDICE
PRINCÌPI *GADAL*

Código Marco de obligaciones para América Latina 431

Elenco dei collaboratori 457

TOMO II

PARTE III
PERSONE

24. MICHELE SESTA, *Famiglia e figli in Europa: i nuovi paradigmi* 461
25. ALDO ANDREA CASSI, *Europa-America Latina: una plurisecolare discussione sullo statuto giuridico della persona e sull'assetto istituzionale della famiglia* 470

pag.

26. MAURO PALADINI, *Il diritto italiano della famiglia tra normative europee e prospettive* de iure condendo 483
27. DAVID FABIO ESBORRAZ, *La nozione di famiglia nelle decisioni della Corte interamericana dei diritti umani* 494
28. NEYLIA ABBOUD CASTILLO, *El cuidado compartido. Una propuesta viable en mirada latinoamericana* 520
29. SIMONA CACACE, *Dialoghi e monologhi a proposito di morte medicalmente assistita: il caso italiano e quello colombiano* 544

PARTE IV
OBBLIGAZIONI E RESPONSABILITÀ

30. ALDO PETRUCCI, *Potere informativo e conclusione del contratto: spunti di comparazione diacronica* 565
31. FÁBIO SIEBENEICHLER DE ANDRADE, *Notas sobre a responsabilidade civil por fato ilícito no direito brasileiro* 589
32. RÓMULO MORALES HERVIAS, *Responsabilidad civil de terceros por acto ilícito ajeno en el derecho civil latinoamericano* 597
33. STATHIS BANAKAS, *European Traditions of Tort Liability: Prolegomena to a New European Tort Law* 617

PARTE V
IMPRESA E SOCIETÀ

34. EDUARDO TEODORO JEQUIER LEHUEDÉ, *Las tendencias del derecho chileno de sociedades del siglo XXI: la sociedad por acciones como motor de emprendimiento para la PYME* 635
35. MAURIZIO ONZA, *L''accesso' alla società per azioni ed alla società a responsabilità limitata: qualche osservazione sulla produzione della ricchezza in Italia* 665
36. CARLOS DE CORES, *Digitalizzazione e circolazione giuridica* 685
37. ELISABETTA FUSAR POLI, *Dimensioni (spazio-temporali) del diritto nell'innovazione* 702
38. FRANCESCO MARIA MAFFEZZONI, *La 'clausola di consolidazione' nelle società di persone e il* Código Marco de obligaciones para América Latina*: idee e mondi a confronto* 715

pag.

PARTE VI
LAVORO E TRIBUTI

39. FRANCESCA MALZANI, *Il lavoro nella* gig economy *tra qualificazione e tutele. Il caso dei* riders 737
40. GIUSEPPE CORASANITI, *La tassazione della* Digital Economy*: Progetto Beps, iniziative europee e prospettive nazionali* 756
41. CRISTIAN BILLARDI, *La tributación de la economía digital. Panorama latinoamericano* 767

PARTE VII
TUTELA DEI DIRITTI

42. GIOVANNI PRIORI POSADA, *El amparo en el Perú: más allá de la diferenciación de la tutela jurisdiccional* 781
43. LUCA PASSANANTE, *Per la difesa dell'onere della prova* 798
44. HERVÉ BELLUTA, *La vittima di reato come motore dell'armonizzazione nello spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia* 819

Elenco dei collaboratori 831

PARTE II

PRINCÌPI GADAL

IL *CÓDIGO MARCO* DELLE OBBLIGAZIONI DEL *GADAL*: TERMINOLOGIA E SISTEMATICA

Riccardo Cardilli

SOMMARIO: 1. Unificazione vs. armonizzazione del diritto. – 2. La necessità di un quadro giuridico comune a livello internazionale. – 3. Consuetudine e giuristi. – 4. Il Progetto *GADAL*: precisazioni linguistico-concettuali. – 5. Sistematica del Progetto *GADAL* e categoria ordinante dell'obbligazione. – 6. Regole giuridiche e tradizione. – 7. Il Progetto *GADAL*: la strada da percorrere.

1. *Unificazione vs. armonizzazione del diritto*

Nell'età contemporanea, la ricerca di un comune diritto in una dimensione sovranazionale si è orientata verso la comparazione dei contenuti dei diversi diritti nazionali, al fine di individuare dai diversi ordinamenti normativamente fissati, un quadro unitario. Dal punto di vista formale il superamento della dimensione del diritto nazionale è stato perseguito nella esclusiva prospettiva del diritto internazionale convenzionale, coerentemente all'ideologia statalista degli ultimi secoli della storia giuridica e politica del mondo.

Se la ricerca, quindi, di un diritto comune per singoli settori, per lo più dei rapporti privati, ha lavorato su materiali esistenti, i metodi con cui la scienza giuridica si è orientata a raggiungere il risultato possono semplificarsi in due idee non coincidenti.

In una prima fase, si è pensato in termini di unità. Per creare un comune diritto si è cercato di sostituire ai diversi diritti nazionali, un unico diritto sostanziale che corrispondesse nei principi, nelle regole e nei concetti ad un corpo normativo unico che poi, in conseguenza dell'utopia della logica deduttiva della moderna applicazione del diritto, sarebbe stato attuato in modo eguale nei diversi ordinamenti. La strada così intrapresa si è dimostrata problematica proprio a causa dell'assunto di fondo da cui essa partiva. Un eguale diritto sostanziale imposto dall'alto alle diverse giurisdizioni nazionali non è in grado di realizzare un vero diritto comune, in quanto le resistenze culturali e l'*habitat* giudiziario dei singoli Paesi hanno continuato a essere importanti elementi di resistenza ad una concreta unificazione del diritto. È chiaro, d'al-

tro lato, che un fattore essenziale condizionante la mancata realizzazione dell'unificazione contemporanea del diritto su ampio spettro è stata l'assenza di un potere sovranazionale che, fondato democraticamente, potesse guidare la costruzione di un diritto comune.

In una seconda fase, per ovviare ai problemi che l'unificazione del diritto aveva evidenziato, si è lavorato seguendo un'idea diversa che è quella dell'armonia. Non più una partitura imposta dall'alto, che avrà esecuzioni differenziate a seconda dell'orchestra interprete, ma un incontro di melodie nella ricerca dell'accordo armonico. Ciò ha permesso di assumere un approccio dal basso nella ricerca per un avvicinamento giuridico che fosse attento più alle concrete soluzioni, che al dato normativo di partenza, al fine di fissare un comune quadro di riferimento al quale poi i singoli diritti nazionali potessero adeguare il loro ordinamento.

2. *La necessità di un quadro giuridico comune a livello internazionale*

Nella Costituzione *Deo Auctore* del 15 dicembre 530 d.C., con la quale l'Imperatore romano Giustiniano annunciò l'inizio dei lavori per la realizzazione dei *Digesta*, sono menzionate le difficoltà e i dubbi che lo stesso Imperatore aveva avuto riguardo alla effettiva realizzabilità di un'opera di raccolta, selezione, sistemazione e coerenza delle opere dei giuristi romani del diritto classico (§ 3: *res quidem difficillima, immo magis impossibilis videbatur*).

Si trattava, infatti, di dotare l'Impero Romano Euro-Asiatico con vocazione universale, rifondato nel Bosforo dall'Imperatore Costantino nel 330 d.C., di un diritto scritto, certo e sistematico, idoneo a regolare i rapporti di una società multilingue, multietnica, multiculturale, caratterizzata da un pluralismo religioso, ma con un protagonismo non fondamentalista della religione cristiana. La ricerca e la realizzazione di un diritto comune fu caratterizzata dal materiale usato, cioè la tradizione classica del diritto romano, sentita, quanto meno dall'Imperatore Giustiniano nel 530 d.C., come cosa difficilissima, se non impossibile. L'iniziale scetticismo politico non impedì, per fortuna, la realizzazione dei codici, anche grazie ai giuristi dell'epoca preposti alla codificazione [1].

Per quei paradossi storici che spesso ricorrono, l'età odierna è segnata da una difficoltà del modello nazionale dei diritti di affrontare e gestire la complessità delle società contemporanee e la stessa dinamica globale delle economie. Si cerca di 'armonizzare' i diversi diritti nazionali, per lo più codificati, attraverso l'individuazione di un minimo comune giuridico che riesca a porsi come ponte di dialogo tra le diverse esperienze giuridiche dei paesi coinvolti.

Uno dei problemi più frequenti che i giuristi coinvolti in questi progetti

[1] Si vd. S. SCHIPANI, *La codificazione del diritto romano comune*, Torino, 1999², 16-19, dove si ha l'importante sottolineatura sul diverso àmbito di operatività e sull'interrelazione tra *potestas* e *auctoritas* nella realizzazione dei codici come opera dell'imperatore e dei giuristi.

hanno dovuto affrontare è stata la resistenza dei diritti nazionali, i quali tendono a consentire la costruzione di diritti comuni nei limiti esclusivi del diritto internazionale pubblico. L'unica strada che sembra percorribile è quella dei Trattati o delle Convenzioni internazionali per costruire un diritto comune su tematiche specifiche, come ad es. la CISG per la vendita internazionale di beni mobili, costringendo la via dell'unificazione o dell'armonizzazione del diritto nelle difficili strettoie imposte dalle volontà sovrane nazionali.

La prassi commerciale internazionale, nella sua dinamicità congenita, ha, parallelamente, maturato schemi di accordo internazionale che, utilizzando la forza cogente del contratto quale atto di autonomia sul piano internazionale, hanno regolato in chiave negoziale il mercato mondiale, sedimentando nel tempo un contenuto tipico che andasse poi applicato all'accordo concluso.

La quantità di schemi giuridici della prassi, elaborati da operatori del diritto ed utilizzati non soltanto come contratti (internazionali), ma come vere e proprie fonti di produzione del diritto applicabile all'accordo, ha oramai acquisito una sua forte tipizzazione, al fine di regolare i più svariati interessi delle parti [2].

3. *Consuetudine e giuristi*

È una questione di grande significato cogliere il senso profondo della produzione consuetudinaria del diritto, in epoche nelle quali resiste una forte ideologia formalistica e statica del diritto. D'altronde, anche l'ideologia del primato della legge ha inciso sulla configurazione contemporanea della produzione consuetudinaria, indebolendo il vero fondamento della stessa nella tradizione romanistica (Giuliano in D. 1, 3, 32 pr.-1), tutto centrato sulla volontà espressa nel tempo attraverso i comportamenti concludenti dei consociati (*voluntas populi* espressa *rebus ipsis et factis*) e senza che si avesse la necessità di rafforzare tale caratteristica con la valorizzazione di un presunto elemento soggettivo che qualificasse tali comportamenti come espressione della convinzione di rispettare un diritto già esistente (*opinio iuris ac necessitatis*) [3].

Friedrich Karl von Savigny, all'interno di un diritto non codificato, definì 'la costruzione vivente del rapporto giuridico' quale diretta espressione dell"e-

[2] Vd. al riguardo, nell'àmbito del partenariato internazionale pubblico privato, quanto ho precisato in *I contratti di partenariato pubblico privato per le infrastrutture e l'importanza del giurista nella costruzione del tipo contrattuale*, in *Regole comuni su investimenti e partenariato pubblico privato per le infrastrutture. Europa e America Latina*, a cura di R. BARRA, R. CARDILLI, M. CIACCIA e C. MIRABELLI, Milano, 2019, 71-102.

[3] Per una esatta rilettura del fondamento ideologico del requisito della *opinio iuris ac necessitatis* della consuetudine nel diritto statuale vd. N. BOBBIO, *La consuetudine come fatto normativo*, Padova, 1942. Vd. per la complessa formazione consuetudinaria del diritto ed il suo rapporto con l'interpretazione dei giuristi nell'esperienza giuridica romana F. GALLO, *Interpretazione e formazione consuetudinaria del diritto*, Torino, 1993.

lemento spirituale della prassi giuridica'[4], proponendo una saldatura interpretativa, nell'àmbito delle relazioni tra i privati, tra prassi giuridica e diritto consuetudinario, ponendo le basi per una reinterpretazione ideologicamente orientata del fenomeno e velando il ruolo – invece fondamentale – dell'interpretazione giuridica nella creazione di nuovi schemi adeguati alle esigenze socio-economiche. Il modello interpretativo savigniano, infatti, rischia di nascondere un fattore essenziale nell'enucleazione di una consuetudine dalla prassi, quello della interpretazione giuridica che media tra istanze concrete dei traffici nella loro manifestazione nel commercio e considerazione dei contenuti giuridici tipici che da essa sono enucleabili. Ciò risulta evidente, ad esempio, nella creazione dell'innovativo schema della compravendita quale contratto consensuale nel *ius gentium* del III-II sec. a.C., frutto di una interpretazione raffinata e profonda da parte dei giuristi romani della diversa realtà della coeva prassi commerciale del mediterraneo[5].

La scelta operata dalla giurisprudenza romana, tra le varie possibili, si orientò nel plasmare la realtà dei traffici commerciali non assecondando la *koiné* ellenistica in materia – dove risaltava il ruolo del documento scritto –, né espandendo il modello romano dell'impegno solenne *verbis* nel quale includere qualsiasi assetto di interessi perseguito, ma piuttosto enucleando da tali contrattazioni il ruolo essenziale della *conventio* causalmente tipica, nella quale la struttura del vincolo veniva ad essere tutelata in termini di obbligazioni di buona fede caratterizzate da un forte struttura di reciprocità.

Il momento storico di emersione nel commercio tra romani e stranieri nel III-II sec. a.C. del principio consensualistico calato all'interno della tipicità causale non può considerarsi il frutto esclusivo di una produzione consuetudinaria del diritto, in quanto la percezione di esso come consuetudine può nascondere il momento ricostruttivo della scienza giuridica romana, la quale ha distillato un precipitato di grande significato dogmatico.

A mio modo di vedere, il meccanismo più adeguato per spiegare il fenomeno è quello di una feconda dialettica tra *interpretatio prudentium* e produzione consuetudinaria del diritto, espressa con la felice immagine dell'*interpretatio* 'nel' diritto e non 'del' diritto[6].

Il movimento dal basso, rappresentato come detto dai traffici commerciali, non è percepito dai giuristi romani come tale in termini di *ius*, non esprimendo quella saldatura 'naturale' tra prassi negoziale e sua rilevanza giuridica, evidente nella lettura di Savigny sopra ricordata. Al contrario, le prassi nego-

---

[4] F.K. VON SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, I, Berlin, 1840 [rist. Aalen, 1981], 8.

[5] Vd., al riguardo, quanto ho avuto modo di precisare in 'Societas vitae' *in Cic.* off. *3, 70 e* 'obligatio consensu contracta', in *BIDR*, 105, 2012, 185 ss. Per un approfondito esame dell'importanza della sinergia nel diritto tra consuetudine ed interpretazione nel processo di tipizzazione dei nuovi contratti nell'esperienza giuridica contemporanea vd. F. GALLO, *Consuetudine e nuovi contratti. Per il recupero della artificialità del diritto*, Torino, 2012.

[6] F. GALLO, *Interpretazione e formazione consuetudinaria del diritto*, cit., in particolare 81 ss.

ziali vennero poderosamente rilette in chiave di *minima iura*, enucleando dalle diverse 'forme' negoziali esistenti nelle pratiche commerciali un principio comune, quello del consensualismo, calato nella tipicità causale degli scambi e dei diversi contratti di prestazioni e servizi.

La soluzione giurisprudenziale fu di poderoso stimolo al commercio nell'area del Mediterraneo, segnando per sempre anche la futura storia dei contratti, nella quale il germe del consensualismo e della buona fede espanderanno sempre di più la loro influenza.

Anche nell'attuale c.d. *lex mercatoria*, la formazione consuetudinaria è la fonte protagonista del diritto, determinandosi oramai la solida maturazione di un diritto slegato dai diritti nazionali e l'utilizzazione di schemi giuridici condivisi dalla comunità degli operatori a livello transfrontaliero [7]. La prassi internazionale, a mio modo di vedere, non si salda però immediatamente con la creazione di un *ius* in materia, ma ne è un presupposto di contenuto che impone una interpretazione selettiva da parte dei giuristi dei contenuti di tale prassi per coglierne le parti tipizzabili secondo principi giuridici di non esclusiva mediazione degli interessi contrastanti in gioco (come invece accade se si resta fermi al solo terreno della prassi, dove tali schemi vengono predisposti e negoziati): principi giuridici che, a differenza della prassi, sono espressione di valori più alti che si devono considerare inderogabili sul piano internazionale.

Leggere la realtà dei contratti e più ampiamente del diritto delle obbligazioni oggi, in una prospettiva sovranazionale e sensibile alla armonizzazione della stessa, significa allora riacquistare una capacità di guardare con occhiali concettualmente orientati la stessa. Il giurista deve in questo maturare una forza di analisi profonda della società in costante trasformazione, senza lasciarsi irretire dalle forme che tale contrattazione può assumere nella pratica, ma individuare in essa quali siano i necessari capisaldi, quale il minimo giuridico che permetta un campo di regole idoneo ad evitare che tale àmbito di contrattazioni diventi uno spazio di ingiustizia, con l'imposizione di regole e contenuti vincolanti di una parte sull'altra, in definitiva uno strumento di abuso del diritto. Un diritto che resti, cioè, nei suoi princìpi ordinatori terzo rispetto agli interessi economici e ai fabbisogni soddisfatti attraverso il commercio.

Non vi è chi non veda che in tale enucleazione di principi inderogabili e delle strutture giuridiche idonee alla funzione che devono svolgere, si debba ribadire l'importanza della scienza giuridica. A questo fine mi sembra, quindi, importante accentuare il ruolo ineliminabile dei giuristi che, all'interno di un dialogo sovranazionale, siano mossi dal meritorio intento di enucleare alcuni principi comuni ed alcune regole inderogabili che, al di là della capacità dei singoli diritti nazionali di riaffermarli, possano considerarsi i fondamenti della struttura tipica del diritto dei contratti e delle obbligazioni.

Per fare alcuni esempi: il principio di buona fede, quale principio giuridico

---

[7] Al riguardo si è parlato di «diritto sconfinato»: M.R. FERRARESE, *Diritto sconfinato: inventiva giuridica e spazi nel mondo globale*, Bari-Roma, 2006.

inderogabile nei contratti; la struttura sinallagmatica degli stessi nel commercio, quale sintomo del necessario equilibrio degli interessi in gioco, distribuendo in chiave corrispettiva i costi, i rischi ed i vantaggi perseguiti (*commodum eius esse debet cuius incommodum est*); la previsione inderogabile di meccanismi di adeguamento nel tempo di tale equilibrio voluto dalle parti, al fine di non far venir meno per fatti sopravvenuti la sinallagmaticità originaria del contratto. È in fondo la sfida che molti progetti di armonizzazione del diritto hanno raccolto, nei quali giuristi con diverse più specifiche competenze (civilisti, commercialisti, comparatisti e storici del diritto) e provenienti da diversi Paesi hanno operato cercando di enucleare un comune quadro di regole e concetti comuni, come ad esempio i *Principi Unidroit dei contratti commerciali internazionali*, il *Draft Common Frame of Reference* ed ora il *Código Marco de obligaciones* del *Grupo para la Armonización del Derecho en América Latina* (*GADAL*), al fine di realizzare sul piano dei contratti e delle obbligazioni un quadro regolativo comune che non sia una somma dei diversi diritti nazionali in materia, né tantomeno lo specchio del commercio internazionale, ma al contrario la fissazione chiara di alcuni principi e regole che si reputino fondamentali per una più giusta relazione giuridica contrattuale.

4. *Il Progetto* GADAL*: precisazioni linguistico-concettuali*

Il Progetto *GADAL* non si sottrae dal rischio definitorio delle categorie utilizzate, rischio che può portare in un contesto di fissazione di regole giuridiche a problemi di interferenza che possono, a loro volta, realizzare profili di incoerenza.

All'art. 1 si definisce l'obbligazione e all'art. 2 gli elementi dell'obbligazione. Ora leggendo l'art. 1 si ha l'impressione che l'attenzione primaria del rapporto giuridico realizzato in termini di obbligazione sia caratterizzata dalla 'costrizione ad eseguire una prestazione', più che dalla doverosità. Nell'art. 2-2, invece, si accentua la caratterizzazione del '*vínculo obligacional*' nell'essere per il debitore un particolare dovere, cioè il debito o obbligazione, e per il creditore un diritto personale o di credito. D'altronde, nell'art. 71 del Progetto, in materia di '*Cumplimiento forzoso* in natura', la disciplina sembra accettare la massima *nemo potest praecise cogi ad factum*, con limiti che vanno ben oltre l'impossibilità della prestazione, accogliendo l'idea che il debitore per il quale la prestazione sia divenuta eccessivamente gravosa, non debba adempiere alla prestazione assunta (e quindi rispondere per risarcimento dei danni; sezione VI). D'altronde, per stabilire se «el cumplimiento forzoso *in natura* de la prestación es excesivamente gravoso», si indica al giudicante della controversia la via del «desequilibrio entre la prestación originariamente debida y aquella que el deudor deberá ejecutar forzosamente».

Una coercizione forzata della prestazione del debitore è cosa abbastanza complessa da realizzare in concreto, dovendosi apprestare soluzioni di com-

portamenti necessitati imposti dall'ordinamento, con l'intervento della forza pubblica. D'altronde, lo slittamento dal piano della responsabilità a quello della doverosità ha caratterizzato la configurazione dell'obbligazione quale schema giuridico idoneo a realizzare una proiezione temporale verso il futuro di un comportamento atteso, il quale però, nei limiti in cui si voglia restare sul piano dell'obbligazione e non si voglia sconfinare su quello della necessità, non è coercibile forzatamente, imponendosi una doverosa collaborazione del debitore [8]. Soltanto a prestazione ineseguita, intervengono i meccanismi di responsabilità (più o meno intensi) per concretizzare il valore dell'interesse creditorio al comportamento atteso, ma non la sua forzata realizzazione. Ciò peraltro, in una dimensione sovranazionale e di armonizzazione del diritto è tanto più necessario tenere in conto, se non si vuole restare sul piano dei *flatus vocis*. Ma d'altronde, il momento della necessità e della costrizione evocato nella definizione classica, ora nelle Istituzioni di Giustiniano (I.3. 13 pr.), *obligatio est iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei*, indica la soggezione del debitore all'azione dichiarativa del creditore in caso di inadempimento e non la sua soggezione ad adempiere forzatamente alla prestazione dovuta [9].

L'art. 3 del Progetto, sulle fonti delle obbligazioni, conferma che l'intento degli autori è quello di offrire un quadro giuridico di riferimento che includa tutte le fonti delle obbligazioni, non soltanto quelle contrattuali, ma anche l'atto illecito ed ogni atto o fatto idoneo a produrle «de conformidad con el sistema jurídico latinoamericano» [10].

Questo implica una valorizzazione, importante ed in questa sede da segnalare, di una armonizzazione dei diritti nazionali latinoamericani che operi attraverso il riconoscimento di un sistema giuridico latinoamericano, ponte del superamento dei particolarismi nazionali e veicolo importante di contenuti condivisi non soltanto in termini di dato normativo codificato nei singoli paesi, ma come espressione di un percorso della tradizione giuridica romanistica che ha le sue specificità rispetto alla tradizione romanistica in Europa.

---

[8] Nei limiti della definizione delle *Institutiones* giustinianee, non è tanto in rilievo la cooperazione spontanea del debitore su un piano di solidarietà e la c.d. 'impotenza' creditoria, quanto il vincolo giuridico alla prestazione. Sull'importanza della cooperazione debitoria e sulle conseguenze della cooperazione illegittimamente rifiutata, fondamentale E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, Milano, 1953, in particolare 36 ss.

[9] Sull'importanza dell'*actio in personam* dichiarativa rispetto al significato da accordare alla *necessitas solvendi* nella definizione ora in I. 3.13 pr. si vd. G. FALCONE, *Obligatio est iuris vinculum*, Torino, 2003, 112-113, indizio testuale che segna il superamento del modello arcaico della necessità come soggezione alla *manus iniectio*.

[10] Sul sistema romano dei contratti nell'ambito delle fonti delle obbligazioni fondamentale G. GROSSO, *Il sistema romano dei contratti*, Torino, 1963[3], 1-2. Per un quadro dell'influenza del modello romano, vd. ora A. PETRUCCI, *Fondamenti romanistici del diritto europeo. La disciplina generale del contratto*, Torino, 2018, 3-17.

5. *Sistematica del Progetto* GADAL *e categoria ordinante dell'obbligazione*

La struttura sistematica *in fieri* del Progetto *GADAL* segue il modello della scansione per titoli, capitoli, sezioni e articoli. Essa dimostra, a differenza di altri progetti di armonizzazione anche nell'area interessata, di orientarsi verso l'organizzazione della materia attraverso la categoria ordinante dell'obbligazione e non soltanto del contratto, scegliendo quindi più il modello della disciplina del contratto quale fonte di obbligazioni, che quella del contratto come atto di autonomia per eccellenza, collocandosi in una linea di continuità con il sistema della *pars obligationum* di origine romana, e poi sviluppatasi nella tradizione romanistica fino a produrre la parte generale delle obbligazioni in molti codici civili attuali.

Ciò peraltro implica di evitare un possibile errore di prospettiva, presente in alcuni progetti di armonizzazione in Europa, dove per privilegiare il momento del contratto su quello dell'obbligazione, ci si è orientati a disciplinare tutta una serie di problemi giuridici in chiave di atto e non di rapporto, non senza pericoli per la disciplina concreta così realizzata [11].

La parte sulle *obligationes*, tramandata nelle *Institutiones* di Gaio e poi da lì presente nel modello sistematico della nostra tradizione giuridica, è inserita nella tripartizione *personae res actiones* nella parte dedicata alle *res*. Si tratta di un modello sistematico di origine giurisprudenziale che metabolizza la trama casistico-problematica in una trama concettuale, attraendo i vari contenuti dell'attività rispondente dei giuristi romani, fortemente orientata a risolvere i problemi concreti della nuova società cosmopolita della tarda repubblica e del principato, in una rete organizzata intorno al termine-concetto di *obligatio*.

Le *Institutiones* di Gaio contengono, come detto, un'ampia trattazione dedicata alle *obligationes* [12]. Secondo la moderna scansione del manuale gaiano, sono dedicati al tema i paragrafi del terzo libro dal paragrafo 88 al 225, secondo un sistema che tratta, nell'ordine, delle *obligationes quae ex contractu nascuntur* (3, 89-162), dei modi di acquisto attraverso la conclusione di con-

---

[11] La prospettiva criticata è maturata come necessità di compromesso tra il sistema di *common law* e di *civil law*; vd. G. GANDOLFI, *Fra l'*obligatio *di origine romana e la* liability *di* common law*: un problema per il legislatore europeo*, in Iurisprudentia universalis. *Festschr. Th. Mayer Maly*, Köln-Weimar-Wien, 2002, 229 ss. Per la prospettiva preferibile si vd. G. CIAN, *La figura generale dell'obbligazione nell'evoluzione giuridica contemporanea fra unitarietà e pluralità di statuti*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, 491 ss.

[12] Vd. U. VON LÜBTOW, *Betrachtungen zum gajanischen Obligationenschema*, in *Atti Congresso Internazionale di diritto romano e di storia del diritto, Verona – 1948*, 3, Milano, 1951, 239 ss.; C. A. CANNATA, *La* 'distinctio re-verbis-litteris-consensu' *et les problèmes de la pratique*, in *Sein und Werden im Recht. Fg. Von Lübtow*, Berlin, 1970, 431 ss.; G. FALCONE, *Sistematiche gaiane e definizione di* obligatio, in Obligatio – *obbligazione. Un confronto interdisciplinare*, a cura di L. CAPOGROSSI COLOGNESI e F.M. CURSI, Napoli, 2012, 17 ss.; S. SCHIPANI, 'Obligationes' *e sistematica. Cenni sul ruolo ordinante della categori*a, in *Linguaggio e sistematica nella prospettiva di un romanista. Atti in onore L. Lantella*, Napoli, 2014, 123 ss., in particolare 138 ss.

tratti di persone soggette a potestà (3, 163-167a), dei modi di estinzione delle obbligazioni (3, 168-181) e, infine, delle *obligationes quae ex delicto nascuntur* (3, 182-225) [13]. L'organizzazione sistematica di Gaio riflette anche svolgimenti storicamente complessi, intorno ad una categoria concettuale che il giurista presuppone unitaria e costruita intorno alle *obligationes* tipiche [14].

L'ordine di trattazione delle *Institutiones* gaiane sembra sovrapporsi su una trama ordinatoria più antica, frutto della riflessione dei giuristi romani precedenti elaborata nel genere letterario dei *libri iuris civilis* [15].

Al contrario, l'editto del pretore urbano, ancora nella sua definitiva consolidazione fatta dal giurista Giuliano sotto l'imperatore Adriano, probabilmente nel 129 d.C., non assume l'*obligatio* come schema ordinante la sua sistematica [16]. Ciò è conseguenza dei meccanismi storici complessi che in modo alluvionale hanno determinato l'introduzione via via delle clausole edittali, le quali, pur se soggette ad una riorganizzazione nella codificazione giulianea, non dimostrano la centralità dello schema della *obligatio* come categoria ordinante. Da un lato, infatti, si ha un nucleo più antico, organizzato intorno al titolo *de rebus creditis* (XVII), nel quale si regola la tutela del *si certum petetur* (§ 95) (i.e. di un *certum dare oportere*, al di là della fonte, quali *mutui datio* o *stipulatio certi in dando* o legato *per damnationem*); ad esso segue da vicino il titolo *de pecunia constituta* (§ 97), il titolo sul comodato (§ 98) e il titolo sul pegno (§ 99).

---

[13] Sul modello sistematico delle Istituzioni gaiane si vd. F. WIEACKER, *Griechische Wurzeln des Institutionensystems*, in *ZSS RA*, 70, 1953, 93 ss.; R. ORESTANO, *'*Obligationes*' e dialettica*, in *Mél. Levy-Bruhl*, Paris, 1959, 445 ss.; M. FUHRMANN, *Das systematische Lehrbuch. Ein Beitrag zur Geschichte der Wissenschaften in der Antike*, Göttingen, 1960, 110 ss. (sulle *Institutiones* di Gaio); G. GROSSO, *Influenze aristoteliche nella sistemazione delle fonti delle obbligazioni nella giurisprudenza romana*, in *La filosofia greca e il diritto romano*, Colloquio Italo-Francese, I, Roma, 1976, 139 ss.; M. TALAMANCA, *Lo schema '*genus-species*' nelle sistematiche dei giuristi romani*, in *La filosofia greca e il diritto romano*, Colloquio Italo-Francese, II, Roma, 1977, 3 ss., in particolare su *Gai.* 3, 88-89, 203 ss.

[14] Importante quanto al riguardo precisava U. VON LÜBTOW, *Betrachtungen*, cit., 248: «Das Schema Ciceros *pecunia data, expensa lata, stipulata* geht von einer konkreten Prozessformel aus (*actio*). Der einheitliche Begriff der *obligatio* als eines ideellen Haftungsverhältnisses hat sich noch nicht hinter der *actio* hervorgearbeitet. Auch Gaius kennt noch keinen dogmatischen Begriff der Obligation, sondern nur einzelne bestimmte *obligationes*, die sich historisch entwickelt hatten»; «Was für Cicero und seine Zeitgenossen das Anwendungsgebiet der Kondiktion ausmacht, wurde zu Gaius' Zeit als Entstehungsgrund der Obligation erklärt: *res verba litterae*».

[15] Superata si può ritenere l'ipotesi di F. Schulz sulla derivazione del sistema gaiano da quanto siamo in grado di ricostruire dell'ordine dei *libri iuris civilis* di Quinto Mucio Scevola; per tutti F. WIEACKER, *Griechische Wurzeln des Institutionensystems*, cit., 97 ss. Più complesso il rapporto coi *tres libri iuris civilis* di Sabino, in quanto restano profonde differenze sulle sequenze rispetto alle Istituzioni gaiane; cfr. R. ASTOLFI, *I 'libri tres iuris civilis' di Sabino*, Padova, 1983, 5-7. Suggestiva, ma non facilmente dimostrabile, data l'esiguità di base induttiva, l'ipotesi di G. SCHERILLO, *Il sistema civilistico*, in *Studi in onore di V. Arangio-Ruiz*, IV, 445 ss.; ID., *Gaio e il sistema civilistico*, in *Gaio nel suo tempo*, Napoli, 1966, 145 ss., in particolare 150-153, in relazione al rapporto tra ordine sistematico dei *libri iuris civilis* di Gaio Cassio Longino e le Istituzioni gaiane.

[16] S. SCHIPANI, *'*Obligationes*' e sistematica*, cit., 137-138.

Un altro nucleo è rappresentato dai *iudicia bonae fidei* (XIX) (deposito, fiducia, mandato, società, compravendita e locazione).

Infine, il furto è trattato nella rubrica XXIII, mentre l'*iniuria* nella rubrica XXXV.

La tradizione di contenuti del *ius civile* e del *ius gentium,* poi confluita nelle *Institutiones* di Gaio, sembra quindi essere il modello di riferimento di questa forte riorganizzazione sistematica intorno alla categoria dell'*obligatio*, sistematica che rappresenta un archetipo rispetto allo stesso giurista dell'età degli Antonini. Ciò è confermato dal fatto che la struttura del discorso sia sentita da Gaio come una trama più antica, sulla quale il giurista ha la necessità talvolta di fare critiche, come rispetto al contenuto della quadripartizione delle *obligationes contractae* [17]. D'altronde, come è stato evidenziato in dottrina da Emilio Betti e da Fernand De Visscher [18], la constatazione che le *obligationes quae ex delicto nascuntur* seguano i modi di estinzione delle obbligazioni, rende plausibile che la loro attrazione nell'alveo del tema unitario delle *obligationes* si sia innestato su un archetipo nel quale il nucleo più antico era rappresentato proprio dalle *obligationes contractae* e dalla loro estinzione.

In particolare, sembrerebbe possibile distinguere due modelli archetipici dell'attuale sistematica gaiana delle *obligationes*. Da un lato, in relazione alle *obligationes quae ex contractu nascuntur* ed alla loro estinzione una maturazione concettuale che parte da una più antica divisione delle cause della *condictio certae creditae pecuniae* per raffinarsi nello schema delle *obligationes re verbis <litteris> contractae* dei *18 libri iuris civilis* di Quinto Mucio al quale si affiancano i nuovi tipi contrattuali di *ius gentium* (*in primis* compravendita e locazione), con la conseguente costruzione della categoria delle *obligationes consensu contractae*; dall'altro lato, una riorganizzazione sistematica, per quanto riguarda le diverse ipotesi di *obligationes quae ex delicto nascuntur*, realizzata attraverso la loro attrazione dopo i modi di estinzione delle *obligationes contractae,* attrazione accertabile *in nuce* già nei *tres libri iuris civilis* di Masurio Sabino, sebbene entro una sistematica diversa dalla tripartizione del modello istituzionale gaiano *personae res actiones*.

In relazione, infatti, al ruolo dei *tres libri iuris civilis* di Masurio Sabino e alla riorganizzazione delle *obligationes ex delicto*, quanto emerge dall'ordine di trattazione dei commentari di Pomponio, Paolo e Ulpiano nei loro *libri ad Sabinum* non è coerente come tale all'ordine delle *Institutiones* gaiane, ma evidenzia un primo sforzo di avvicinamento nella trattazione dei titoli relativi ai delitti di furto, di *damnum iniuria datum* e di *iniuria* [19].

---

[17] Esattamente G. GROSSO, *Il sistema romano dei contratti*, cit., 4, parla, in relazione alla quadripartizione delle *obligationes contractae,* di archetipo di Gaio.

[18] E. BETTI, *La struttura dell'obbligazione romana e il problema della sua genesi*, Milano, 1919 (nuova edizione 1955), 97 ss.; 118 ss.; F. DE VISSCHER, *Les origines de l'obligation* 'ex delicto', in *RHDFE* (4e sér.), 7, 1928, 335 ss.; ID., 'Vindicta' *et* 'noxa', in *Studi in onore di P. Bonfante*, Milano, 1930, III, 233 ss.

[19] Nei *libri ad Sabinum* di Pomponio il *furtum*, il *damnum iniuria datum* e il taglio furtivo de-

Le *Institutiones* di Giustiniano seguono il modello gaiano, dedicando 21 titoli alle *obligationes* (3,13 – 4,5), e anteponendo alla *pars obligationum* una definizione dell'*obligatio* ed una *divisio* tra *obligationes civiles* e *praetoriae* che non era presente nelle Istituzioni di Gaio.

L'attrazione delle *obligationes* nella categoria delle *res*, mediata dalla dicotomia tra cose tangibili (corporali) ed intangibili (incorporali), non è peraltro caratterizzata da una finzione nella riflessione giuridica di concetti elaborati dal pensiero dei giuristi, ma riflette una loro percezione in chiave di 'realtà', quale emanazione concreta del rapporto tra persona e cosa mediato dal diritto [20].

Proprio la costruzione dello schema dell'*oportere ex sponsione* tra due *patres familias* ne è una importante conferma, in quanto il concetto di obbligazione che l'*oportere* esprime non è omologabile alla concezione moderna della categoria, fondata sulla limitazione quantitativa della libertà del debitore soggetto ad un potere del creditore, secondo la nota tesi di Savigny. L'obbligazione romana è una struttura di eguaglianza proiettata nel tempo in termini di doverosità giuridica, in funzione dell'adempimento di una prestazione di una persona umana nei confronti di un'altra [21].

La Codificazione del diritto romano realizzata sotto l'Imperatore Giustiniano dal 529 al 534 d.C. a Costantinopoli eredita in pieno il modello della *pars obligationum*. Il fatto non deve stupire, in quanto sebbene i Codici di Giustiniano siano espressione formale della *potestas* dell'Imperatore, la loro concreta realizzazione è frutto del lavoro dei giuristi dell'epoca, i quali padroneggiavano da almeno una generazione la grande cultura giuridica trasmessa dalle opere classiche della giurisprudenza romana (cd. classicismo giustinianeo).

La *pars obligationum* confluita nei Codici di Giustiniano resta la struttura portante ed elemento primario di organizzazione dei contenuti della tradizione giuridica medievale. Ciò è dovuto all'*auctoritas* del testo giustinianeo come gabbia concettuale della rinnovata riflessione giuridica nata nelle Università. La scuola dei Glossatori, attenta soprattutto ai contenuti casistico-problematici del Digesto, seguendo il vincolo al contenuto autoritativo dei Codici giustinianei, segue senza porla in discussione la sistematica ereditata, vincolata da una *interpretatio* intessuta nella veste della Glossa nel testo autoritativo stesso.

---

gli alberi sono trattati vicini (XVIII: *de furtis* D.9, 4, 18; D.10, 4, 15; D. 11, 1, 15; D. 13, 7, 3; D. 21, 1, 46; XIX: D. 9, 4, 33; D. 13, 7, 5; D. 47, 2, 35; D. 47, 2, 37; D. 47, 2, 44; D. 47, 2, 44; D. 46, 3, 17; D. 21, 2, 30; *ad legem Aquiliam* D. 9, 2, 43; XX: *de arboribus furtim caesis*). Nei *libri ad Sabinum* di Paolo, si ha la stessa sequenza (IX: *de furtis*: D. 47, 2, 11; D. 47, 2, 20; D. 45, 1, 22; D. 47, 2, 22; D. 47, 2, 4, 6; D. 47, 2, 16; D. 47, 2, 18; D. 47, 2, 42; D. 13, 1, 5; D. 45, 1, 24; *de arboribus furtim caesis*: D. 47, 7, 1; D. 47, 7, 5; X: *de lege Aquilia*: D. 9, 2, 12; D. 9, 2, 18; D. 9, 2, 28; D. 9, 2, 31; D. 9, 2, 45; D. 10, 4, 16). Nei *libri ad Sabinum* di Ulpiano, i più utilizzati dai compilatori giustinianei, al *furtum* (libri XL, XLI, XLII), alle *arbores furtim caesae* (XLII: 47, 7, 3) e al *damnum iniuria datum* (XLII: D. 9, 2, 44) e al *damnum infectum*, si affianca anche l'*iniuria* (XLII: D. 47, 10, 30; D. 47, 10, 32).

[20] M. BRETONE, *I fondamenti del diritto romano. Le cose e la natura*, Bari, 1998, 43 ss.

[21] Mi si permetta di rimandare al mio Damnatio *e* oportere *nell'obbligazione*, Napoli, 2016.

Gli stessi Commentatori, che nelle loro opere si riappropriano del discorso giuridico separandolo materialmente dal testo autoritativo, in realtà lo inglobano nel Commento, senza modificare il modello sistematico, che resta la trama sottesa delle grandi opere giuridiche del XIV secolo.

È stato autorevolmente evidenziato in dottrina come si debba soprattutto, nell'umanesimo giuridico, al *mos Gallicus* un'attenzione più marcata ai profili sistematici, con la valorizzazione del modello istituzionale delle tre parti [22].

La prima grande rottura con la partizione della tradizione romana si deve comunque riconoscere al giusnaturalismo del XVII secolo, attraverso una profonda trasformazione della prospettiva e dei significati giuridici delle categorie ordinanti delle *personae*, delle *res* e delle *actiones*.

Si ha un ribaltamento di prospettiva dalla tripartizione *personae res actiones* alla tripartizione soggetto oggetto e atto giuridico. La centralità del soggetto di diritto, che potrà o meno essere una persona umana, e dell'oggetto del diritto, che è tutto ciò che, reale o meno, sia suscettibile di essere oggetto di un diritto [23], spinge altresì ad una valorizzazione generalizzante ed individualistica della volontà del soggetto come motore del diritto privato, evidenziandosi in modo sempre più consapevole l'idea di un *genus* unitario degli atti singoli e tipici che l'essere umano compie e rilevanti per il diritto, attraverso la volontà individuale del soggetto, con la costruzione di un minimo comun denominatore individuato nell"atto giuridico', che si sovrappone al *genus* concreto delle *actiones* dei giuristi romani. Vi è una forte rappresentazione dei rapporti interpersonali rilevanti patrimonialmente in chiave di volontà propulsiva e di autonomia privata, così da porre sempre più l'accento sul contratto-promessa che sull'obbligazione contrattuale.

Tutto il sistema del diritto privato viene così egualmente rappresentato in tre parti fondamentali, ma con contenuti concettuali evidentemente diversi, più astratti, quelli del soggetto di diritto, dell'oggetto di diritto e dell'atto giuridico.

Con il *Sistema del diritto romano attuale* di Savigny e con i grandi trattati di Pandette della scuola Pandettistica tedesca nel XIX secolo si ha uno sviluppo delle tendenze del giusnaturalismo. A differenza però dei giusnaturalisti, che spesso con piena consapevolezza si contrappongono alle interpretazioni preesistenti, maggiormente aderenti alle fonti romane, la forte rilettura individualistica (da ciò la qualifica di diritto romano borghese) del diritto privato operata nel XIX sec. in Germania è ancorata ad un rapporto diretto con le fonti romane, senza una vera mediazione delle interpretazioni medievali di tale tradizione [24].

---

[22] M. CARAVALE, *Diritto senza legge. Lezioni di diritto comune*, Torino, 2013, 121-122.

[23] Vd. R. FIORI, *Il problema dell'oggetto nella tradizione civilistica,* in AA.VV., *Modelli storici e metodologici nella storia del diritto privato*, Napoli, 2003, 169 ss.

[24] Mi si permetta di rimandare al mio *Das römische Recht der Pandektistik und das römische Recht der Römer*, in *Wie pandektistisch war der Pandektistik*, Hrsg. H.-P. HAFERKAMP, T. REPGEN, Tübingen, 2017, 83-100.

Il sistema che ne risulta è fondato su quattro pilastri fondamentali: il soggetto di diritto (sia esso persona umana o personificazione di una realtà diversa a fini giuridici); l'oggetto di diritto (che assume la veste di tutto ciò che può essere fatto oggetto di una relazione giuridica); il dogma della volontà come motore del diritto privato e la sua più raffinata rappresentazione, cioè il negozio giuridico, dove gli effetti giuridici sono coerenti alla volontà che sostiene l'atto; il rapporto giuridico, che generalizza i diversi tipi di doveri (doveri, obblighi, rapporti complessi, obbligazioni) presenti nel diritto privato.

La struttura sistematica che viene realizzata è dotata di una astrazione e generalizzazione molto grande; le regole maturate per il singolo istituto giuridico – ed a quello acconce – possono, attraverso un processo di astrazione, diventare regole giuridiche generali idonee, sul piano della logica e non della realtà delle cose, ad applicarsi anche ad altri istituti giuridici. Fondamentali e poderose da questo punto di vista, ad es.: 1) la distruzione di statuti giuridici differenziati delle persone in base al proprio *status*, in coerenza con il modello egemonico del cittadino borghese; 2) la costruzione di una parte generale della nullità e dell'annullabilità del negozio giuridico, rispetto alla variegata realtà di regole che nella tradizione romana erano state elaborate all'interno di ciascun atto tipico; 3) l'eliminazione della differenza di struttura e di funzione degli effetti giuridici prodotti dai diversi tipi di atti compiuti, attraverso la generalizzazione della categoria del 'rapporto giuridico'.

La grande scienza giuridica tedesca dell'Ottocento ha in sostanza dato forma ad un sistema di organizzazione del diritto privato che, pur nascendo come strumento sistematico-concettuale della scienza giuridica che operava in un diritto non codificato, viene accolto e considerato acconcio anche a finalità di statuizione di regole scritte nella legge, quando la 'legge' vuole assurgere ad una rappresentazione complessiva e coerente del diritto privato nella veste sistematica del Codice civile.

La 'parte generale' del BGB rappresenta in sostanza un altissimo momento concettuale della ricerca di senso della variegata realtà giuridica delle parti specifiche (contratti tipici e obbligazioni, diritti reali, successioni, famiglia, etc.), guidando le generazioni future di giuristi ed operatori del diritto attraverso le quattro categorie chiave richiamate del soggetto di diritto, dell'oggetto di diritto, del negozio giuridico e del rapporto giuridico. Si è su un piano di forte astrazione e generalizzazione che, in chiave individualistica, tende a reinterpretare tutto il diritto privato, con finalità che spingono verso la razionalizzazione in astratto dei problemi giuridici attraverso una raffinata trama di concetti e di regole in ordine gerarchico.

Di qui le critiche, anche appassionate, di alcuni giuristi contemporanei al BGB, che stigmatizzarono la sua incapacità a rappresentare un tipo di diritto privato vicino alle esigenze concrete della società ed alle istanze sociali in essa presenti.

La forte razionalizzazione della realtà negoziale, attraverso la categoria assorbente del negozio giuridico e attraverso l'individuazione di regole comuni da valere per ogni negozio giuridico (unilaterale o bilaterale o plurilaterale;

inter vivos o *mortis causa*), ha prodotto una selezione tra le diverse regole giuridiche esistenti nella trama della tipicità negoziale che la tradizione romanistica tramandava rispetto ad uno stesso problema giuridico. Ciò ha portato spesso come conseguenza principale ad una semplificazione della complessità delle soluzioni differenziate. Si pensi come esempi classici al problema della condizione impossibile, o al problema della rilevanza del dolo o dell'errore o della violenza in chiave esclusiva di vizi della volontà e giustificanti un annullamento del negozio giuridico [25].

In America Latina, può dirsi che il modello della 'parte generale' del Codice civile non ha caratterizzato, in generale, il processo di codificazione dell''800 e di inizio '900. Né il Codice di Andrés Bello in Cile (e la sua forza espansiva come Codice modello in altri paesi dell'America Latina), né il *Código* di Vélez Sarsfield in Argentina, hanno codificato una parte generale del Codice, pur avendo il *Código* cileno codificato un breve titolo sull'atto giuridico e dichiarazioni di volontà e pur avendo il Codice argentino di Vélez Sarsfield un'ampia sezione dedicata a 'Los hechos y actos jurídicos que producen la adquisición, modificación, transferencia o extinción de los derechos y obligaciones' (artt. 896-1136, la cui fonte è l'*Esboço de Código civil* del giurista brasiliano Augusto Teixeira de Freitas, il quale per la prima volta include una 'parte general' in un progetto normativo latinoamericano).

L'unico Codice civile della prima generazione delle codificazioni latinoamericane che predispose una vera 'parte generale' è il Codice di Beviláqua per il Brasile del 1917.

Sviluppando questi antecedenti, il nuovo processo di codificazione in atto nel XXI secolo, però, ha evidenziato una particolare predilezione dei nuovi Codici civili in Brasile (2002) ed in Argentina (2014) verso una parte generale del Codice.

In essi, però, la 'parte generale' sembra assumere un ruolo nuovo e diverso da quello proprio che aveva caratterizzato tale tecnica codificatrice nel modello tedesco. Si tratta, infatti, non tanto di costruire una ricerca di senso semplificata del giuridico in chiave generalizzante, quanto di corredare il Codice di una serie di principi fondamentali e coordinate valoriali che siano gli archi portanti in chiave interpretativa di tutto il Codice civile. Si coglie nel nuovo Codice argentino una maggiore consapevolezza della percezione del Codice quale sistema aperto e non chiuso, non espressione soltanto di un ordinamento giuridico nazionale, ma di un momento di incontro di istanze sovranazionali, internazionali e costituzionali. Sembra cioè assistersi ad un cambio di rotta del ruolo della 'parte generale', quasi che ad essa sia deputato il compito di fungere da cerniera tra concezione tradizionale del Codice civile e nuove sfide a cui il diritto privato è chiamato a rispondere sul piano dei problemi giuridici sovrannazionali. È un cambio di rotta importante e da seguire con

[25] Per un approfondimento del problema, rispetto al CcBrasile 2002, mi permetto di rimandare a quanto ho avuto modo di precisare in *Brevi note sul nuovo Codice civile del Brasile*, in *Roma e America*, 16, 2003, 217 ss., in particolare 219-227.

profondo interesse da parte del giurista del sistema giuridico fondato sul diritto romano, in quanto potrebbe essere il segnale di un superamento, oggi ancora incompiuto, dell'utopia del diritto privato nazionale, a fronte di una società inter-etnica e senza confini.

La valorizzazione di modelli sistematici orientati verso la previsione di un *Allgemeiner Teil* ha in parte posto sullo sfondo delle questioni sistematiche l'importanza della *pars obligationum*, ma non l'ha cancellata. Sono però emersi fattori di forte indebolimento, come, da un lato, la valorizzazione in chiave esclusivamente volontaristica del contratto come rappresentazione privilegiata del negozio giuridico [26] e, dall'altro, l'attrazione dell'obbligazione nella categoria più generale del 'rapporto giuridico'. Resta il dato che la maggior parte delle regole in materia derivino da soluzioni collegate alle obbligazioni contrattuali, venendosi semmai a generalizzare sul piano del rapporto giuridico regole che erano al contrario maturate esclusivamente sul piano dell'obbligazione contrattuale.

La coerenza sistematica della *pars obligationum* rende il contratto come una delle fonti dell'obbligazione, sicuramente la più importante, ma impone di salvaguardare e regolare l'obbligazione come schema giuridico separato dall'atto che lo ha generato e sul quale operano una serie di principi e regole, indipendentemente da quelli che interagiscono nell'ambito del contratto come fonte di obbligazione [27]. Ciò impone di tenere, a mio modo di vedere, ben distinti i due profili nell'àmbito della individuazione di regole comuni, in quanto la sovrapposizione dei piani andrebbe a scapito della concretezza dell'attività di armonizzazione.

6. *Regole giuridiche e tradizione*

Le scelte sistematiche di un codice condizionano il quadro regolativo che opera da strumento di gestione della casistica. L'*input* politico-giuridico dei principi innerva la trama delle regole giuridiche e fa del codice lo strumento di mediazione per il raggiungimento di obiettivi programmati o, soltanto, per l'adeguata gestione della realtà sociale. Non è quindi irrilevante la verifica della coerenza del quadro regolativo rispetto ai principi fissati nel *Código Marco*. Da questa prospettiva il nuovo progetto del *GADAL* offre spunti di riflessione, in quanto lo sforzo che traspare dai provvisori risultati di contenuto da esso espressi presenta dubbi di coerenza.

---

[26] Sul rapporto tra contratto-accordo nel Codice francese e contratto-negozio giuridico nella dottrina tedesca del XIX secolo, si vd. ora R. MARINI, *Contrarius consensus*, Milano, 2017, 168 ss. e 180 ss.

[27] Dato distintivo del sistema giuridico romanistico rispetto al sistema di *common law*; C. CASTRONOVO, *Un contratto per l'Europa*, in *Principi di diritto europeo dei contratti*, Milano, 2001, XLVII-XLVIII.

In tema di obbligazioni e contratti va sottolineata la pervasività di principi come la buona fede (artt. 7 e 8), che alimenta lo sforzo di realizzare una trama regolativa tesa ad arginare l'abuso della forza vincolante del contratto a scapito di una ponderazione adeguata della concreta sintesi di interessi che con esso si vuole porre in composizione. Il Progetto evidenzia anche l'importanza della struttura sinallagmatica del contratto, prevedendo strumenti adeguati di gestione della dinamica del rapporto, oppure la forza attrattiva dei contratti commerciali nella sfera regolativa del diritto comune, espressione privilegiata di una espansione del principio di buona fede.

Il Progetto non si sottrae dal dare forza, in una dimensione sovranazionale e armonizzatrice, ai principi ispiratori del progetto, fissati negli artt. 5-11 (principi generali del diritto che ispirano il sistema giuridico latinoamericano; dignità umana e diritti fondamentali; buona fede; equità). Nell'art. 12 si afferma che: «Las conductas contrarias a los principios que inspiren este Código no producen efectos. En consecuencia, en caso de amenaza de violación a los principios o de la concreción de una conducta contraria a ellos, el afectado tendrá el derecho de exigir, según corresponda, su inhibición o cesación, el cumplimiento *in natura* o par equivalencia de los deberes respectivos que permitan preservar los principios que se han pretendido transgredir, así como el resarcimiento de todo daño sufrido».

La suggestiva proposta di una autonoma tutela dei principi slegata anche dalla conclusione del contratto e dalla nascita dell'obbligazione sembra travalicare il ruolo che normalmente si riconosce a questi all'interno della disciplina in materia. I confini del Progetto tematico vengono per così dire superati, e proiettano la buona fede, l'equità e gli altri principi del sistema giuridico latinoamericano in una dimensione di autonoma tutela, rispetto alla loro eventuale violazione anche soltanto nel contatto sociale che poi non produca la conclusione del contratto o la nascita comunque di una obbligazione, ponendosi su un piano di difficile realizzazione sul piano sovranazionale.

Talvolta, dalla dimensione alta del sistema giuridico, si passa alla prospettiva più angusta dei criteri di collegamento con il diritto nazionale propri del diritto internazionale privato, in relazione all'adempimento dell'obbligazione di trasferimento della proprietà o di costituzione di un diritto reale (art. 17), scegliendosi le regole giuridiche dell'ordinamento nazionale del luogo di consegna ed evitando così l'annoso dualismo di regime in materia.

Non è chiaro, peraltro, dato lo stato *in fieri* del progetto, se alla parte generale sulle obbligazioni seguirà poi una parte generale sul contratto, prima di passare alle altre fonti delle obbligazioni ricordate nell'art. 3. Ciò ad esempio potrebbe spiegare che alle regole in materia di inadempimento dell'obbligazione, si colleghi una sezione IV sulla risoluzione del contratto per inadempimento (artt. 79 ss.).

7. *Il Progetto* GADAL*: la strada da percorrere*

Alcuni punti fermi vanno evidenziati nella strada scelta dal Progetto.

Quello dell'armonizzazione del diritto delle obbligazioni per l'America Latina è una scelta felice, perché permette di superare la tendenza a privilegiare l'armonizzazione del diritto dei contratti, ricollocando l'operatività di molti principi e di molte regole giuridiche nell'alveo loro proprio, che è quello dell'obbligazione e non del contratto.

Anche la valorizzazione del ruolo del sistema sui singoli ordinamenti nazionali permette di recuperare l'enorme patrimonio della tradizione giuridica romanistica in America Latina nel suo filone iberico e lusitano.

Il lavoro che attende il Gruppo di studiosi latinamericani è ancora arduo. Tra i profili da tenere in conto nei futuri lavori sul *Código Marco de las obligaciones para América Latina* ne voglio segnalare due che mi stanno particolarmente a cuore.

Il primo è il rigore concettuale. Una volta che si sceglie di utilizzare una organizzazione della materia intorno alla obbligazione è necessario poi muoversi con la massima coerenza, al fine di costruire un quadro solido, tanto più necessario se si vuole realizzare su un piano sovranazionale un contenuto che possa essere considerato come un punto di riferimento per i diritti nazionali.

Il secondo è il quadro sistematico. La felice scelta di realizzare una armonizzazione del diritto delle obbligazioni e non solo dei contratti, se da un lato permette di evitare quei rischi sopra segnalati di contratto-centrismo nella attrazione della disciplina giuridica presente in molti progetti di armonizzazione in Europa, dall'altro impone di realizzare una disciplina completa e distinta, dove si inserisca il contratto come fonte dell'obbligazione, insieme anche all'atto illecito e alle altre fonti non contrattuali di obbligazione.